



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00290-01
DEMANDANTE: GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 6 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 174494 del 19 de mayo de 2014, por medio de la cual, COLPENSIONES le reconoce una pensión por vejez; VPB 11320 del 14 de julio de 2014, por medio de la cual, la misma entidad, resuelve un recurso de apelación confirmando la anterior determinación administrativa; GNR 277585 del 10 de septiembre de 2015, por la cual, el ente accionado, incluye en nómina de pensionados al accionante; GNR 216176 del 22 de julio de 2016, por medio

¹ Folios 257 - 258 del cuaderno de primera instancia.

de la cual, COLPENSIONES, reliquida la pensión de vejez del accionante y VPB 415664 del 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual, el ente accionado, resuelve un recurso de apelación y se modifica la Resolución No. GNR 216176 del 22 de julio de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, pide el demandante, se reconozca y pague una pensión vitalicia de jubilación, de conformidad con el régimen de transición previsto en el inciso uno y dos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, evocando a su vez, por tal vía, el contenido del art. 6° del Decreto 546 de 1971 y el art. 12 del Decreto 717 de 1978, reglamentario del anterior, es decir, teniendo en cuenta el 75% de la asignación más elevada devengada dentro del año inmediatamente anterior laborado, con la inclusión de la totalidad de las primas, bonificaciones y demás emolumentos devengados en el mismo período y sin la aplicación de tope o techo alguno.

Igualmente, que se reliquide la pensión de vejez de conformidad con lo que se determine pagar en la sentencia, la cual debe fijar la pensión en un 75% de la asignación más elevada devengada en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados, tales como asignación básica, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación judicial, bonificación por actividad judicial, prima especial de servicios, gastos de representación, disponiéndose igualmente, que el ente accionado pague los mayores valores generados por la diferencia reconocida a partir del primero de mayo de 2015, con el correspondiente ajuste al valor.

1.2.- Hechos²:

El señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO, nació el 6 de julio de 1953 y ha efectuado cotizaciones para pensión bajo el régimen de prima media con prestación definida a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), desde el día primero de febrero de 1974.

² Folios 259 - 263 del cuaderno de primera instancia.

El señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO, ha laborado en el servicio oficial desde el primero de marzo de 1979 hasta la fecha de la demanda, siendo su último cargo el de PROCURADOR JUDICIAL I, servicio que se ha distribuido temporal y físicamente de la siguiente manera:

ENTIDAD	FECHAS	
	DESDE	HASTA
CONTRALORÍA DE BOLÍVAR	20/05/1976	16/11/1977
RAMA JUDICIAL	01/03/1979	30/06/1982
MUNICIPIO DE MONTELÍBANO	10/01/1990	01/06/1990
	05/06/1990	04/08/1993
RAMA JUDICIAL	12/04/1993	28/02/2003
REGISTRADURÍA DEL ESTADO CIVIL	01/05/2008	15/05/2008
REGISTRADURÍA DEL ESTADO CIVIL	01/06/2008	27/06/2008
REGISTRADURÍA DEL ESTADO CIVIL	01/07/2008	27/07/2008
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	01/02/2010	30/04/2015
TOTAL	+ 23 AÑOS	

Dice el demandante, que ha laborado al servicio de la Rama Judicial y el Ministerio Público por más de diez (10) años, cumpliendo en consecuencia los requisitos para acceder al régimen especial de la Rama Judicial dispuesto en el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 717 de 1978.

Lo cual, aunado a que ha cotizado más de 9.777 días, correspondientes a 1.396 semanas, le permite obtener su derecho pensional con el régimen más favorable, adicionando, que se halla en régimen de transición por virtud del art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el primero de abril de 1994 contaba con 41 años de edad.

Afirma también el demandante, que inicialmente eligió el régimen de prima media con prestación definida (Seguro Social), como régimen pensional, cotizando en tal forma por más de veinte (20) años en cargos del sector público. Posteriormente, dice, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (Fondo de Pensiones), lo que ocurrió el día 2 de febrero de 2010, regresando nuevamente al régimen de prima media con prestación definida el primero de junio de 2010, permaneciendo en este último régimen hasta el 30 de abril de 2015, fecha de su retiro.

El día 11 de abril de 2011, luego de varias peticiones anteriores, afirma el demandante, que presentó solicitud requiriendo el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia por jubilación, de conformidad con el régimen pensional aplicable a la Rama Judicial y al Ministerio Público.

Petición que fue respondida negativamente a través de la Resolución No. GNR 174494 del 19 de mayo de 2014, pese a que reconoció una pensión de vejez, pero aplicando el régimen de la Ley 71 de 1988.

El día 20 de mayo de 2016, nuevamente, el demandante, eleva solicitud de reliquidación pensional ante el ente accionado, resultando que la misma es atendida favorablemente mediante Resolución No. GNR 216176 del 22 de julio de 2016, pero aplicando una norma que no venía al caso, esto es, la Ley 797 de 2003, al considerar que no era beneficiario del régimen de transición.

Frente a tal resolución, se interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. VPB 41564 del 11 de noviembre de 2016, la cual reliquidó la pensión del accionante, pero mantuvo el régimen de liquidación.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29, 48, 53 de la Constitución Política; art. 2 del CCA (sic); art. 15 de la Ley 91 de 1989; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1743 de 1966; Decreto 1045 de 1978; art. 36 de la Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 546 de 1971; Decreto 717 de 1978.

En el **concepto de violación**³, adujo, que al cumplir con los requisitos propios del régimen de transición dispuesto por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto, al momento de entrar a regir dicha normatividad contaba con más de 15 años de servicio y más de 40 años de edad, la consecuencia lógica es la aplicación del régimen pensional dispuesto en el Decreto 546 de 1971, es decir, aquel aplicable a la Rama Judicial y al Ministerio Público. Esto último

³ Folios 266 - 297 del cuaderno de primera instancia

si se tiene en cuenta, que prestó sus servicios a dichos entes por más de 23 años, sin que pueda resultar afectado por el traslado del régimen pensional, pues, le era permitido cambiar de régimen, sin afectar su derecho a conservar el anterior, ya que su ingreso a la transición es por tiempo de servicios y edad.

De ahí que al no aceptar el ente accionado dicha posición jurídica, vulnera el principio de legalidad, la supremacía de la constitución y el derecho a la seguridad social, resultando en consecuencia nulas las decisiones administrativas que aquí se demandan.

1.3.- Contestación de la demanda⁴.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, a través de apoderado judicial, dio respuesta oportuna a la demanda, oponiéndose a las pretensiones por carecer de asidero jurídico que las haga procedentes, debido a que la pensión de vejez fue legal y debidamente reconocida. Frente a los hechos señaló, que no le constan o que deben probarse, otros, son apreciaciones propias del demandante y algunos se admiten como ciertos.

Como argumentos de su defensa señala, que la pensión de vejez se encuentra ajustada a los parámetros legales del caso, esto es, la Ley 71 de 1988, norma que resultaba aplicable por favorabilidad.

Como excepciones de fondo propuso, la inexistencia de las obligaciones reclamadas, la improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación y la prescripción.

1.4. Sentencia impugnada⁵. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 6 de diciembre de 2017, declaró no

⁴ Folios 315 - 322 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 144 - 156 del cuaderno de primera instancia.

probadas las excepciones propuestas por el ente demandado; declaró la nulidad de los actos acusados y como restablecimiento del derecho dispuso, que reliquide la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el régimen establecido en el Decreto 546 de 1971, en una cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, considerando para tal efecto, como factores salariales los siguientes: sueldo, gastos de representación, prima especial salarial, bonificación judicial, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación de servicios y bonificación por actividad judicial.

Disponiendo consecuentemente, que el ente demandado pague las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 30 de abril de 2015, fecha de retiro del servicio. Ordenándose también, que se realicen los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal, con el ajuste monetario respectivo.

Como argumento de su decisión, dijo, que en el expediente se hallaba probado que el demandante, en su momento, realizó un traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, para regresar finalmente al primero, lo cual no le hacía perder su derecho a la transición, pues, se sabía que el demandante nació el 6 de julio de 1953, por lo que para el primer día de abril de 1994, contaba con 41 años de edad y que, al momento de trasladarse de régimen pensional contaba con 16 años, 9 meses y 4 días.

Adicionó, que el demandante si había cumplido con el requisito de haber estado vinculado con entidades estatales por más de 20 años y que 10 de ellos, fueron al servicio de la Rama Judicial o del Ministerio Público, resultando en consecuencia aplicable el Decreto 547 de 1971.

Agregó, que establecido lo anterior, debía reliquidarse la pensión, tomando como base de liquidación los factores salariales establecidos en la Ley 797

de 2003, al ser aplicable el contenido del Decreto 546 de 1971, es decir, con una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios.

Por lo que para el caso, debía tenerse como factores salariales los siguientes: sueldo, gastos de representación, prima especial salarial, bonificación judicial, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación de servicios y bonificación por actividad judicial.

En relación con la prescripción de las mesadas pensionales dijo, que en este caso no hacía aparición tal fenómeno, pues, el término de prescripción fue interrumpido con la presentación de la solicitud de reliquidación efectuada el día 20 de mayo de 2016.

Condenó en costas a la parte demandada, por resultar vencida en el juicio.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la determinación, COLPENSIONES, apeló la determinación con el ánimo de que sea revocada. Como argumentos de su recurso señaló, que si bien es cierto el demandante gozaba del régimen de transición, lo cierto era que el reconocimiento y pago de su pensión debía ajustarse al contenido de la Ley 71 de 1988, sin tenerse en cuenta el Decreto 546 de 1971, toda vez que al hacerlo como lo hizo el a quo, se vulnera el principio de inescindibilidad normativa.

Agregó, que más allá de la percepción normativa sostenida constantemente por la entidad demanda, de que todas las pensiones deben liquidarse de conformidad con el art. 21 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no resulta jurídicamente viable hacer una combinación de regímenes, es decir, aplicar en todo o en parte las disposiciones de la Ley 71 de 1988, en el Decreto 546 de 1971.

⁶ Folios 389 - 391 del cuaderno de primera instancia.

Y ello es así, pues, en ninguna parte se estipuló que las pensiones otorgadas bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, para determinar el ingreso base, haya que tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Hacerlo, insiste, quebraría el principio de inescindibilidad normativa, salvo en lo que hace a determinar el ingreso base de liquidación, el cual debe responder al art. 21 de la Ley 100 de 1993.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de marzo de 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 6 de diciembre de 2017.

- Posteriormente, a través de auto de 25 de junio de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- La parte demandante⁹, fue la única en intervenir en esta oportunidad procesal, apoyando la decisión de primera instancia, al considerar que contiene la misma argumentación señalada en la demanda.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 9, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 12 – 19 del cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho el actor a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el régimen pensional contenido en el Decreto 546 de 1971?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. El régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a CAJANAL y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo, para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas.

A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las Leyes 6 de 1945¹⁰ y 65 de 1946¹¹ y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial, únicamente, para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma

¹⁰ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

¹¹ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".

compañía¹². Por otra parte, en algunos casos y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como, por ejemplo, CAXDAC¹³. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946¹⁴.

Así pues, puede señalarse, que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias. Ciertamente, un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador, de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditara un determinado tiempo de servicio y el segundo, se basó en un sistema de aportes en el cual, se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

Posteriormente, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social acogidos por el Constituyente de 1991, el Legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones"*, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, mediante la creación de un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas, entre las distintas entidades administradoras de pensiones, con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

¹² Sobre el particular, es importante mencionar que con el fin de proteger a los trabajadores que llevaban un largo tiempo laborado para una misma empresa, pero que no cumplían 20 años de servicio, se establecieron prestaciones como la pensión sanción y la pensión restringida de jubilación contempladas en la Ley 171 de 1961, *"Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones."*

¹³ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁴ *"Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales"*.

Con tales propósitos, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización y se creó un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir la prestación social en comento. En torno a este último aspecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados, al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

~~<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los~~

~~trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.~~

Como se observa, dicho artículo permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹⁵:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad

¹⁵ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión" (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder a la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75% del ingreso base de liquidación y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹⁶, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

"En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B". Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.”

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

Una más es la que resulta aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, a quienes los gobernó un régimen especial de pensiones, el previsto en el Decreto 546 de 1971, “por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público”, el cual en su artículo 6º, dispone:

“Art. 6º.- Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente en la Rama Jurisdiccional o al Ministerio

Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en las actividades citadas..."

La especialidad del régimen se traduce, en que la pensión se liquida con el 75% de la asignación mensual más elevada, devengada en el último año de servicios, siempre y cuando el funcionario cumpla por lo menos diez (10) años de servicio en las citadas entidades.

Recordando, que en reiterados pronunciamientos el Honorable Consejo de Estado ha expresado, que el concepto asignación o salario para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial a quienes los cobijan las previsiones del Decreto Ley 546 de 1971, lo constituyen los factores consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

El mencionado decreto señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado, como retribución de sus servicios.

2.3.2. El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación – Interpretación Jurisprudencial.

Anteriormente, la sub regla de orden jurisprudencial que había hecho carrera, era que todos aquellos factores o conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debían ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que respondían al criterio de que era el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario; excluyéndose así la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por la nueva línea jurisprudencial de las altas Cortes, en las que se interpreta que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe atender a lo dispuesto en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Así, se ha dicho, que para las personas beneficiarias del régimen de transición aplica la norma anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el “**monto**” de la pensión, excluyéndose el ingreso base de liquidación.

En relación con el **concepto de monto**, la Honorable Corte Constitucional ha identificado dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y otra, como beneficio del régimen de transición. En efecto, la **Sentencia T-060 de 2016**¹⁷, reiteró que *“en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)”*.

Específicamente, como lo reseñó tal Tribunal en la **Sentencia T-078 de 2014**¹⁸, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el reconocimiento de las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

*“... de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere “**Inciso segundo**”¹⁹-*

¹⁷ M. P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁸ M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Artículo 36, inciso 2° de la Ley 100 de 1993: *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco*

establece (i) los requisitos para acceder al régimen de transición - 40 años hombre / 35 mujer ó 15 años de tiempo de servicio-; (ii) los beneficios antes mencionados -edad, monto, y semanas o tiempo de servicio- y (iii) dispone que las demás condiciones y beneficios serán los de la Ley General de Pensiones.

Inciso tercero²⁰- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que están a menos de 10 años de consolidar el derecho, los cuales cuentan con la posibilidad superior. No obstante, no mencionó a los afiliados que estando dentro del régimen de transición les faltare más de 10 años para acceder al derecho pensional, por lo que se entiende que se rige por la ley general, es decir, el artículo 21 de la Ley 100/93”.

Sobre el particular, la Corte en cita, en la **Sentencia C-258 de 2013²¹**, al estudiar la constitucionalidad de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, sostuvo:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del

(35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”

²⁰ Artículo 36, inciso 3° de la Ley 100 de 1993: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)”.

²¹ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”.

Así las cosas, en aquella oportunidad se resolvió, declarar inexecutable la expresión cuestionada y condicionó la constitucionalidad del resto del precepto normativo, según las siguientes conclusiones:

“En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas”.

En síntesis, en la **Sentencia C-258 de 2013**, se consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, **constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993**, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva, de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petitionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Ahora bien, siguiendo a la Corte Constitucional en la citada sentencia, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *“puede derivar en un abuso del*

derecho²² de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico”.

En ese sentido, tan Alto Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, “se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”.

Posteriormente en la **Sentencia SU-230 de 2015**, la Honorable Corte Constitucional señaló, que la Sentencia C-258 de 2013 no solo “fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^[9] de 1992”, sino que además, “estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”²³.

A su vez mencionó la **Sentencia T-078 de 2014**, en la que se expuso que “la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL”²⁴.

²² En la Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se consideró que “en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”.

²³ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²⁴ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

Concluyó entonces la Sala Plena de la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-230 de 2015**, que “de esa forma, la Sala Plena [...] reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”²⁵.

En resumen, conforme a la posición de la Corte Constitucional, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas, con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste, en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho.

Ahora, el **Honorable Consejo de Estado** había manifestado un criterio que disiente de la regla jurisprudencial fijada en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el IBL en el régimen de transición, en el sentido, de que para las personas beneficiarias del régimen de transición, aplicaba íntegramente la norma anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión y que la palabra “monto”, dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estaba haciendo alusión, únicamente, al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y aducen la necesidad²⁶.

²⁵ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

²⁶ Este criterio se expresa en sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado como las del 24 de junio de 2015, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00709-01; 17 de julio de

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018²⁷, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

“92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema

2013, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00898-01; 26 de julio de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2009-00174-01; 15 de marzo de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2008-00863-01.

²⁷ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. C.P. César Palomino Cortés.

Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989²⁸. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual sea dicióna el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985

²⁸ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomaren cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema”.

Tal como se advierte, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió las reglas para liquidar la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición, señalando para tal efecto, que el periodo para liquidar las pensiones es: **i)** Si faltare menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior; y **ii)** Si faltare más de diez años, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. En ambos caso, el IBL, será actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Así mismo, establece que los factores salariales a incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

2.4. Caso concreto.

En el *sub lite*, se encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

* Que el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO nació el día 6 de julio de 1953, de conformidad con lo que se anota en la copia de su cédula de ciudadanía²⁹.

* Que el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO, ocupó el cargo de EXAMINADOR DE CUENTAS DEPARTAMENTALES DE TERCERA en el Departamento de Bolívar, de conformidad con nombramiento efectuado mediante Resolución No. 0285 del 17 de mayo de 1976, cargo del cual tomó posesión el día 20 de mayo de 1976, siendo declarado insubsistente el 16 de noviembre de 1977, de acuerdo a Resolución No. 0768, información recabada en el certificado emitido por la Contraloría Departamental de Bolívar el día 11 de agosto de 1998³⁰ y el certificado de información laboral del primero de marzo de 2012³¹.

* Que de igual manera laboró para la Rama Judicial, en el período comprendido entre 1º de marzo de 1979 hasta el 30 de junio de 1982, en el cargo de Juez Municipal, reportando en el mismo período aportes a CAJANAL, tal y como lo anota el certificado de información laboral de fecha 7 de marzo de 2012³², percibiendo como asignación básica mensual la suma de \$ 36.700.00, sin otros factores salariales³³.

²⁹ Folio 46, cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 47, cuaderno de primera instancia.

³¹ Folio 48 - 49, cuaderno de primera instancia.

³² Folio 50, cuaderno de primera instancia.

³³ Folio 51, cuaderno de primera instancia.

* Que el demandante laboró para el Municipio de Montelíbano – Córdoba como asesor jurídico desde el 10 de enero de 1990, hasta el primero de junio de 1990, nombramiento efectuado mediante decreto y devengando la suma de \$ 400.000.00 como salario; igualmente, laboró para dicho municipio como Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Montelíbano, desde el 5 de junio de 1990, hasta el 4 de junio de 1992, nombrado mediante Decreto No. 040 del 5 de junio de 1990, con retiro voluntario del cargo y devengando un sueldo de \$ 350.000.00 y como Secretario de Gobierno Municipal, desde el 5 de junio de 1992 hasta el 4 de agosto de 1993, con retiro voluntario del cargo y devengando un salario de \$ 280.000.00, tal y como se anota en el certificado de fecha 9 de agosto de 2010, suscrito por el Jefe de Archivo Municipal de Montelíbano³⁴.

* Que el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO, laboró para la Rama Judicial³⁵, en los siguientes cargos y períodos:

- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN MARCOS – SUCRE, desde el 12 de abril al 3 de mayo de 1993.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE SUCRE – SUCRE, desde el 6 al 27 de julio de 1993.
- JUEZ PENAL MUNICIPAL DE SINCELEJO – SUCRE, desde el 29 de octubre al 22 de noviembre de 1993.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE CHALAN – SUCRE, desde el primero al 23 de diciembre de 1993.
- JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA DE COROZAL – SUCRE, desde el 27 de diciembre de 1993, hasta el 20 de enero de 1994.
- JUEZ PENAL MUNICIPAL (e) DE COROZAL – SUCRE, desde el 24 de enero hasta el 25 de febrero de 1994.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE LOS PALMITOS – SUCRE, desde el 4 hasta el 25 de marzo de 1994.

³⁴ Folio 52, cuaderno de primera instancia.

³⁵ Cfr. certificado obrante a folios 53 – 57, cuaderno de primera instancia.

- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE LA UNIÓN - SUCRE, desde el 11 de abril hasta el 2 de mayo de 1994.
- JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SINCÉ – SUCRE, desde el 9 de junio al 20 de octubre de 1994.
- JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA DE COROZAL – SUCRE, desde el 10 de enero hasta el 9 de febrero de 1995.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DEL CIRCUITO DE SINCÉ – SUCRE, desde el 3 al 28 de febrero de 1995.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE LA UNIÓN – SUCRE, desde el primero al 22 de marzo de 1995.
- JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SINCÉ – SUCRE, desde el 2 al 31 de julio de 1995.
- JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL DE LOS PALMITOS – SUCRE, desde el primero de agosto de 1995 hasta el 28 de febrero de 1997.
- JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SAN MARCOS, desde el primero al 15 de marzo de 1997.
- JUEZ PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SUCRE – SUCRE, desde el 16 de marzo de 1997 hasta el 28 de febrero de 2003.

Con aportes al ISS, durante tales períodos, si se da crédito a la certificación obrante a folio 58 del cuaderno de primera instancia.

* Que de acuerdo a certificación emitida por la Procuraduría General de la Nación el día 8 de marzo de 2012³⁶, el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO, laboró para dicha entidad entre el 2 de febrero de 2010 y la fecha de certificación en el cargo de Procurador 104 Judicial I Administrativo de Sincelejo.

Es de anotarse que conforme Resolución No. 1828 del 30 de abril de 2015³⁷, al demandante le fue aceptada la renuncia al cargo de Procurador 104 Judicial I Administrativo de Sincelejo, código 3PJ, Grado EG, efectiva a partir de la misma fecha.

³⁶ Folio 74, cuaderno de primera instancia.

³⁷ Folio 77, cuaderno de primera instancia.

Siendo así y que tales documentos no fueron contradichos, en punto de los cargos formulados por la demanda, que no son más que se declaren nulos los actos demandados y se disponga el reconocimiento y pago de la pensión del demandante en aplicación del art. 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, conservando el régimen de transición y a efectos del monto de la misma, la aplicación del Decreto 546 de 1971 en concordancia con su reglamentario, Decreto 717 de 1978, es claro obtener las siguientes conclusiones:

a. El art. 6 del Decreto 546 de 1971, textualmente señala:

“Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Luego, para alcanzar la pensión bajo tal normativa, se requería alcanzar la edad de 55 años, en el caso de los hombres y cumplir 20 años de servicios, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, de los cuales, 10 años, debían haber sido laborados exclusivamente para la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público.

b. Con la entrada en vigencia del art. 36 de la Ley 100 de 1993, quienes aún no habían alcanzado el estatus pensional, podían quedar cobijados bajo el régimen legal anterior, siempre y cuando hubiesen cumplido 40 años de edad, si se trata de hombres o 15 o más años de servicios cotizados. Al efecto, dicha norma dispuso:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de

edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

c. En el presente asunto, el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO alcanzó la edad de 55 años el día 6 de julio de 2008, si se tiene en cuenta que nació el 6 de julio de 1953 y que sus cuarenta (40) años los cumplió el día 6 de julio de 1993.

Así mismo, que para el primero de abril de 1994, había prestado los siguientes tiempos de servicio a favor del Estado:

CARGO	DESDE	HASTA
Examinador de cuentas – Contraloría Departamental de Bolívar	20-05-1976	16-11-1977
Juez Municipal	01-03-1979	30-06-1982
Asesor Jurídico del Municipio de Montelíbano - Córdoba	10-01-1990	04-06-1990
Gerente Empresas Públicas de Montelíbano - Córdoba	05-06-1990	04-06-1992
Secretario de Gobierno Municipal	05-06-1992	04-08-1993
Juez Promiscuo Municipal de San Marcos – Sucre	12-04-1993	03-05-1993
Juez Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre	06-07-1993	27-07-1993
Juez Penal Municipal de Sincelejo – Sucre	29-10-1993	22-11-1993
Juez Promiscuo Municipal de Chalán – Sucre	01-12-1993	23-12-1993
Juez Promiscuo de Familia de Corozal – Sucre	27-12-1993	20-01-1994
Juez Penal Municipal (e) de Corozal – Sucre	24-01-1994	25-02-1994
Juez Promiscuo Municipal de Los Palmitos – Sucre,	04-03-1994	25-03-1994
TOTAL	8 años, 6 meses y 9 días	

Adicionándose a lo anterior, otros de tiempos de servicio, que solo aparecen relacionados en las Resoluciones Nos. GNR 216176 del 22 de julio de 2016 y VPB 41564 del 11 de noviembre de 2016, de la siguiente manera:

ENTIDAD LABORÓ	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DÍAS
COLEGIO DE LA SALLE	19740201	19741111	TIEMPO SERVICIO	284
COLEGIO DE LA SALLE	19750201	19751115	TIEMPO SERVICIO	288
COLEGIO DE LA SALLE	19760201	19761115	TIEMPO SERVICIO	289
COLEGIO DE LA SALLE	19770201	19771110	TIEMPO SERVICIO	283
COLEGIO DE LA SALLE	19780201	19781201	TIEMPO SERVICIO	304
DOMINGO SAMPAYO Y CÍA	19780602	19790228	TIEMPO SERVICIO	272
COLEGIO DE LA SALLE	19790201	19791201	TIEMPO SERVICIO	304
COLEGIO DE LA SALLE	19800205	19801201	TIEMPO SERVICIO	301
COLEGIO DE LA SALLE	19810201	19811201	TIEMPO SERVICIO	304
COLEGIO DE LA SALLE	19820201	19821201	TIEMPO SERVICIO	304
COLEGIO DE LA SALLE	19830404	19831116	TIEMPO SERVICIO	227

TOTAL	3160 días ó lo que es lo mismo: 8 años, 9 meses, 10 días
--------------	--

Es decir, para el primero de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con un tiempo de servicio de 17 años 03 meses y 19 días, por ende, le cobija el régimen de transición del art. 36 de la mentada normatividad, tanto, por haber superado los 15 años de servicio, como los cuarenta años de edad, lo que a su vez, garantizaba la posibilidad de que a pesar de haber cambiado de régimen pensional (RPM a RAIS), conservaba el régimen de transición a tenor de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C – 789 de 2002, en donde se dijo:

“... Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida...”.

d. Ubicado el demandante en el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario establecer si en tal razón se le debe aplicar el contenido del Decreto 546 de 1971 para efectos de liquidación de su IBL, afirmándose desde ya que tal cosa no es posible, pues, el estatus pensional, bajo dicha norma, solo se alcanza luego de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que impide considerar la vigencia de un derecho adquirido y solamente podrá aplicarse el contenido del art. 36 de la mencionada Ley 100 para efectuar dicho cálculo, quedando conservado a favor del demandante, solamente lo relacionado con el tiempo de servicios, la edad y el monto de la pensión, sin sujeción a la manera de calcular el IBL.

Al efecto, en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador, en apreciación coincidente con lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación anunciada en el marco jurídico, respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.

Siendo así, para el caso concreto, la discusión solo se centraría en lo que debe entenderse por monto de la pensión y eso es lo que se solucionará a continuación, advirtiendo desde ya que, tal concepto, en rigor, contiene dos componentes: la tasa de reemplazo y la base de liquidación.

Al efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuyó en forma expresa los cuatro elementos estructurales esenciales del derecho a la pensión de vejez, dos relacionados con el acceso a la prestación y dos, con la cuantificación del derecho económico. Así:

a) **De acceso a la prestación.** En tratándose de prestaciones por jubilación o vejez, se instituyen dos requisitos de acceso: la edad y el tiempo de servicios, si es por jubilación o las semanas de cotización, si es por vejez.

b) **Para la cuantificación del derecho económico.** Referente a la cuantificación del derecho económico, (contenido económico de la prestación), se establece en algunas ocasiones un parámetro y una variable y, en otras, dos variables, a decir, el monto de la pensión o tasa de reemplazo y la base de liquidación o expresado en términos técnicos actuales, el Ingreso Base de Liquidación – IBL.

Entonces, el monto, como parámetro, es simplemente un factor único establecido en la ley. Por ejemplo, en el caso de los servidores públicos en transición, la ley predetermina un monto del 75% para todos los casos de origen legal. A su vez, el monto como variable, implica la posibilidad de su integración a partir de otro dato conocido, como puede ser el número de

semanas de cotización, a guisa de ilustración, el monto variable de las pensiones del antiguo Instituto de Seguros Sociales, donde se fija un monto mínimo de pensión del 45% y se aumenta a razón del 3% por cada cincuenta semanas de cotización, adicionales a las primeras quinientas.

Atinente a la base de liquidación o ingreso base de liquidación -IBL-, técnicamente se le tiene como variable, porque depende de los ingresos del afiliado durante un lapso determinado por la ley, que puede o no ser objeto de actualización con base en la variación de precios.

De ahí que se puede afirmar, que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, “petrificó” para sus beneficiarios tres requisitos de la prestación, conforme al régimen pensional en que venían consolidando su expectativa: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o cotizaciones; y (iii) el monto. El cuarto, que corresponde a uno de cuantificación, a decir, la base de liquidación, el legislador decidió armonizarlo con la nueva normativa, por ende, las disposiciones del régimen anterior, en cuanto a monto, edad y tiempo de servicios o cotizaciones, únicamente se aplican, por remisión expresa, frente a esos puntuales supuestos, apreciación que se insiste tiene el Consejo de Estado en su sentencia de unificación.

De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición, debe entenderse que el IBL, se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993 y no, con lo estipulado en la regulación precedente.

De ahí que el contenido de la sentencia de unificación tantas veces mencionada resulte aplicable, al señalar:

“... Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE...”

Entendiéndose en el presente asunto, que los 55 años de edad, el señor GUILLERMO JOSÉ HERNÁNDEZ CARRIAZO solamente los alcanzó el día 6 de julio de 2008 y el tiempo de servicios de 20 años se logró el día 20 de julio de 1997, por ende, al consolidar su estatus el 6 de julio de 2008, contados los diez años a que hace referencia la regla jurisprudencial, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), no cabe duda que había transcurrido un término superior a diez (10) años, resultando aplicable la mencionada norma.

De ahí que el IBL de su pensión, debe calcularse con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores, al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE y ocurriendo que la pensión del demandante se reconoció mediante Resolución No. GNR 174494 del 19 de mayo de 2014, en donde se respetó la regla anunciada, las pretensiones deben negarse, revocándose lo decidido por la primera instancia.

Vale anotarse, que atendiendo lo dispuesto en la misma sentencia de unificación tantas veces anunciada, solo debía tenerse en cuenta como factores de liquidación, los valores sobre los cuales se haya hecho aporte o cotización, de ahí que la aplicación del Decreto 1158 de 1994, resulte ajustado a derecho. Y si bien, el reconocimiento pensional se hace en virtud de la Ley 71 de 1988, específicamente bajo la consideración de los 60 años de edad, lo cierto es que nada demuestra que tal pensión sea menos favorable que la pedida en razón del Decreto 546 de 1971.

Al efecto, si bien podría afirmarse que la edad para alcanzar el estatus pensional establece una diferencia a favor del pensionado, pues, se restan cinco años al tiempo que se tuvo en cuenta para su pensión (60 – 5 años), lo cierto es que al mantenerse en servicio activo hasta el año de 2015, dicha diferencia no tiene relevancia alguna y por el contrario, que el cálculo del IBL se haga a partir del día 19 de mayo de 2014, fecha de reconocimiento de la pensión, diez años hacia atrás, implica un mejor ingreso base de

liquidación, aunado a lo efectivamente recibido por servicio activo durante esos cinco años, que en comparación con la mesada pensional, mínimamente, alcanza un porcentaje mayor de 25% de diferencia, si se tiene en cuenta que la tasa de reemplazo utilizada fue del 75%.

En conclusión, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **revocada** y en consecuencia, las pretensiones negadas.

3. CONDENA EN COSTAS. AMBAS INSTANCIAS

En relación con las costas, para este caso en particular, dadas las especiales circunstancias en que se obtiene el fallo, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente³⁸ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

³⁸ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de un pensionado que fue vencido en juicio, a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre el IBL y los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por el accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³⁹ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediateamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 6 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0027/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA